

STRAFFEPROSESSLOVEN § 172

Rettshåndhevelsesarrest

Kandidatnr: 307

Veileder: Dag Torsteinsen

Leveringsfrist: 26.04.2004

Til sammen 13545 ord

27.04.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	GENERELT	1
1.2	OPPGAVENS TEMA	4
1.3	AVGRENSNINGER	4
<u>2</u>	<u>LEGISLATIVE HENSYN BAK RETTSHÅNDHEVELSESARREST</u>	<u>5</u>
2.1	BAKGRUNNEN FOR REGELEN	5
2.2	HENSYN BAK REGELEN	6
<u>3</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>8</u>
3.1	HJEMMELSKRAV	8
3.2	RETTSKILDENE	9
3.2.1	LOVTEKST	9
3.2.2	FORARBEID	9
3.2.3	GENERELT OM EMK	10
3.3	FREMMED RETT	11
<u>4</u>	<u>DE RETTSLIGE VILKÅR I STRPL. § 172</u>	<u>13</u>
4.1	GENERELT OM VILKÅRENE	13
4.1.1	PROSESSFORUTSETNINGER	14
4.2	FORHOLDSMESSIGHET	16
4.3	”SÆRLIG GROV FORBRYTELSE” – ”10 ÅR ELLER MER”	18
4.4	STRPL. § 172 BOKSTAV B, DE KONKRETE STRAFFEBUD	19
4.5	FORHOLD SOM I SÆRLIG GRAD STYRKER MISTANKEN	21
4.6	DEN ENKELTE FORBRYTELSE MÅ HA STRAFFERAMME PÅ ”10 ÅR ELLER MER”	25
4.7	EMK ART. 5	26
4.8	EMK ART. 6	28
4.9	HELHETSVURDERING	30
4.10	OVERSONING – VARETEKTSFRADRAK	31

<u>5</u>	<u>VIRKNING</u>	<u>33</u>
5.1	INHABILITET	33
5.2	ADGANGEN TIL Å UTVIDE SAKEN I ANKEINSTANSEN	34
5.3	NYTT FENGSLINGSGRUNNLAG I ANKEINSTANS	35
<u>6</u>	<u>RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER</u>	<u>37</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>41</u>
7.1	LITTERATUR	41
7.2	FORARBEIDER	42
7.3	RETTSPRAKSIS	42
7.4	ARTIKLER	43

1 Innledning

1.1 Generelt

Rettshåndhevelsesarrest er et tvangsmiddel som kan begjæres av påtalemyndigheten i en sak før det er avsagt dom som er rettskraftig og den er gått over til soning. Som det ligger i navnet er det en arrestform retten kan bruke for å håndheve samfunnets legitime behov for å kunne beskytte seg mot grov kriminalitet fram til skyldspørsmålet er avgjort. Det kan iversettes i situasjoner der det er forholdsmessig at den mistenkte blir holdt borte fra samfunnet fram til rettssaken mot siktede skal avholdes eller mens vedkommende venter på ankebehandling av en sak.

Lovteknisk er bestemmelsen plassert i straffeprosesslovens fjerde del. Denne delen omhandler tvangsmidler som påtalemyndigheten kan fremme for retten for å skaffe seg ro omkring etterforskningen og hindre at viktige bevis går tapt, blir skjult eller på annen måte blir gjort utilgjengelig. Helt nøyaktig er bestemmelsen lagt til kapittel 14, som omhandler pågrep og fengsling. Andre sentrale tvangsmidler i det samme kapittelet er pågrep og varetektsfengsling etter § 171.

Innledningsvis er det nødvendig å redegjøre kort for strpl. § 171, dens vilkår og rekkevidde. Dette for at det skal være mulig å se sammenhengen og ulikehetene mellom bestemmelsene i § 171 og § 172.

Strpl. § 171 har som grunnvilkår at handlingene det er snakk om å fengsle på grunnlag av, må kunne føre til fengselsstraff av en viss lengde. Man kan legge sammen flere mindre forhold slik at den øvre strafferammen blir over seks måneder, som er kravet. Videre følger fire alternative vilkår som hver for seg hjemler fengsling. Det er ingen ting i veien for at flere av vilkårene kan være oppfylt i det samme forholdet, men det er altså nok at ett av vilkårene er oppfylt.

Det første vilkåret i strpl. § 171 er fare for unndragelse fra straffeforfølgning eller fullbyrding av straff, eller fluktfare som det gjerne blir kalt. Dette vil si at den som er

mistenkt i saken rømmer eller på annen måte gjemmer seg slik at det blir umulig for politiet, og rettsvesenet ellers, å få tak i vedkommende enten i forbindelse med etterforskningen, rettsaken mot vedkommende eller til soning etter at saken er rettskraftig avgjort.

Det neste vilkåret er fare for bevisforspillelse. Vilåret innebærer at det må foreligge en reel fare for at den mistenkte, hvis han fikk gå løs, vil prøve å skjule bevis for politiet. Dette kan være ved å fjerne eller ødelegge gjenstander. Det kan også være å påvirke personer til å uttale seg annerledes enn de ville ha gjort om de var upåvirket. Det kan være snakk om vitner eller medskyldig til ugjerningen. Påvirkningen kan skje på mange måter, både ved tvang og mer frivillige metoder som bestikkelser og lignende.

Videre følger vilkåret om at det må foreligge fare for at den mistenkte vil foreta en ny straffbar handling med strafferamme over seks måneders fengsel. Dette kalles gjerne gjentakelsesfare. Loven setter ingen krav til hva det er sannsynlig at vedkommende vil gjøre, men at fengsling "antas påkrevd" for å hindre den mistenkte fra å begå nye straffbare handlinger. Dette sannsynlighetskravet er sterkere enn det generelle sannsynlighetsovervektskravet¹ i § 171, og er regnet som det strengeste kravet i bestemmelsen.²

Det siste vilkåret er at mistenkte selv ber om å bli fengslet. Men det må foreligge grunner for å fengsle ham, og disse må kunne sannsynliggjøres.

For å kunne bruke varetektsfengsel etter § 171 som tvangsmiddel må det foreligge sannsynlighet av en viss styrke mot den som er mistenkt for å ha gjort den aktuelle handlingen, i dette tilfellet må det foreligge det som kalles sannsynlighetsovervekt. Det er da mer sannsynlig at den mistenkte har gjort det han er mistenkt for, enn at han ikke har gjort det³. Altså mer enn 50 % sjanse for at det er den mistenkte som er skyldig. Dette medfører at overvektsprinsippet som utgangspunkt er gjeldende ved bruk av

¹ Det er mer sannsynlig at den mistenkte har gjort det han er mistenkt for enn at han ikke har gjort det.

² Bjerke og Keiserud. Straffeprosessloven, s. 642

³ Rt 1993 s. 1302

tvangsmidler etter kapittel 14 i straffeprosessloven. Men det er et langt sprang fra en skjellig begrunnet mistanke, til visshet om straffeskyld⁴.

I de klare og aller groveste sakene kan varetektsfengsling skje selv om det ikke foreligger en særlig fengslingsgrunn, av den typen man finner i § 171.

Rettshåndhevelsesarrest skiller seg fra andre tvangsmidler, særlig ordinær varetektsfengsling, ved mistankevurderingen av om siktede er skyldig i den aktuelle straffbare handlingen eller ikke. Det høye mistankekravet gjør at dommeren må være tilsvarende mer overbevist om mistankens styrke.

Kravet til mistanken er altså i strpl. § 172 betydelig skjerpet i forhold til mistankekravet i § 171. Ordlyden ”særlige forhold som styrker mistanken” gir klare signaler om at mistankekravet her ligger høyt. Det har også blitt slått fast at ”skjellig grunn” som i strpl. § 171 ikke er tilstrekkelig.⁵ Men det er ikke nødvendig med sannsynlighet som ligger helt på grensen til visshet om skyldspørsmålet,⁶ men mistanken må være meget sterk for å kunne fengsle etter strpl. § 172⁷.

Det må videre dreie seg om en forbrytelse som kan medføre fengselsstraff i ti år eller mer; typisk drap, voldtekt eller grovt ran. Det må også foreligge tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken.

Dette medfører at man i vurderingen om varetektsfengsling etter § 172 kan brukes, har tatt stilling til skyldspørsmålet i saken i enda sterkere grad enn i forhold til ved ordinær varetektsfengsling etter strpl. § 171.

Ved bruk av et hvilket som helst tvangsmiddel må man fare varsomt fram, prinsippet om mildest mulig inngrep gjelder også her. Dette er et krav som er nedfelt både i Norsk rett og i EMK.

Grunnlovens skranker om at ”ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom” i § 96 gjelder også her, med full tyngde. Varetektsfengsel har det til felles med

⁴ Slettan og Øye, strafferett s. 34

⁵ Rt 1989 s. 70

⁶ Rt 2000 s. 371

⁷ Innstilling fra straffeprosesslovkomiteen om endring i reglene om pågripelse og fengsling m.v. fra 1961 s. 8.

ordinær soning at begge deler er frihetsberøvelse av den mistenkte eller domfelte alt etter hvilken situasjon man ser det fra. For den det gjelder vil frihetsberøvelsen ha mange fellestrekk, og det spiller antagelig ikke så veldig stor rolle hva frihetsberøvelsen kalles.

1.2 Oppgavens tema

Denne oppgaven er ment som en redegjørelse av straffeprosesslovens § 172. Det er en rekke interessante problemstillinger som reiser seg i forbindelse med bestemmelsen og noen av disse skal jeg ta for meg i denne oppgaven.

Oppgavens hovedtema er spørsmålet om hvilke vilkår som må være oppfylt for å kunne benytte § 172 som hjemmel for varetektsfengsling. Videre syns jeg problematikken rundt den eventuelle inhabilitet som følge av mistankekonstateringen som følger med bestemmelsen er interessant, og vil drøfte den.

1.3 Avgrensninger

Denne oppgaven vil kun omfatte fengsling som skjer med hjemmel i strpl § 172. Andre tvangsmidler etter straffeprosesslovens kap. 14 og fengsling etter § 171 vil bli omtalt for å plassere § 172 i sin rettslige sammenheng, men vil ikke bli behandlet selvstendig. I denne oppgaven ønsker jeg å få frem særegenhetene ved fengsling etter strpl § 172, og hvordan dette skiller seg fra annen varetektsfengsling. Fengslinger gjort med hjemmel andre steder enn dette vil det altså bli avgrenset mot, dette vil blant annet gjelde fengsling etter strpl. § 173. Det samme gjelder også følgene av feilaktig fengsling, erstatning, o.l.

Videre avgrenses det naturligvis mot andre straffeprosessuelle tvangsmidler som kommunikasjonskontroll og besøksforbud.

2 Legislative hensyn bak rettshåndhevelsesarrest

2.1 Bakgrunnen for regelen

Bestemmelsen i strpl. § 172 kom inn ved revisjonen av fengslingskapittelet i 1963.

Bakgrunnen var en sak hvor en mann mistenkt for et grovt drosjeran ikke ble varetektsfengslet av forhørsretten da retten mente at ingen av de spesielle vilkårene for fengsling etter strpl. § 171 var oppfylt. Det var altså ikke ført tilstrekkelig bevis for at retten kunne si at det forelå bevisforspillelsesfare, unndragelsesfare eller gjentakelsesfare⁸.

Dette opprørte allmennheten i så stor grad at myndighetene satte i gang arbeidet med å utforme det som skulle bli dagens strpl. § 172. Man ønsket en slags generalfullmakt for å varetektsfengsle lovbrytere som hadde utført særlig alvorlig kriminalitet, forutsatt at det forelå en høy grad av visshet om at den mistenkte var skyldig.

Bokstav b leddet kom inn ved endringslov i 2001 etter at man fra politisk hold i en tid hadde diskutert mulighetene for å sette ned strafferammen i det nåværende ledd a for å oppnå at flere voldsforbrytelser, som på grunn av sin strafferamme ikke oppfylte strafferammekravet i ledd a, skulle kunne rammes av fengslingshjemmelen i § 172.

Samtidig så man at andre sammenlignbare land hadde bestemmelser tilsvarende vår § 172 som fungerte bra i forhold til sin tiltenkte oppgave.

Anders Bratholms bok fra 1957 "Pågrepelse og Varetektsfengsel" var sentral i utformingen. I denne boken fremsetter han en rekke problemstillinger som var viktige å ta hensyn til ved utforming av bestemmelsen. Han er blant annet skeptisk til det å fengsle fordi allmennheten har behov for å se at rettsapparatet reagerer øyeblikkelig når det er utøvd kriminalitet, uten at de har kjennskap til de prinsipper som råder inne rettspleien, og at slik fengsling kan være betenkelig i forhold til disse prinsippene.

⁸ Johs. Andenæs, Straffeprosess 2, s 160

2.2 Hensyn bak regelen

Lovgiver ønsket å gi domstolen hjemmel for å fengsle i de tilfeller der det ut i fra forholdsmessighetsvurderinger ikke er samfunnsmessig tilrådelig at den mistenkte skal gå løs. Bestemmelsen skulle forhindre at den alminnelige rettfølelsen hos folk flest ble støttet, og at allmennhetens tillit til rettshåndhevelsesapparatet ble svekket. Man ønsket også å motvirke et inntrykk av at rettshåndhevelsen var ineffektiv og at den ikke reagerte tilstrekkelig hardt mot forbrytere. Dette kunne i så fall igjen medføre den holdning at rettsapparatet legger overdrevent mye vekt på formalistiske, juridiske hensyn. Da kan det være ønskelig å fengsle vedkommende selv om de spesielle vilkårene i strpl § 171 ikke er tilstede, så som fare for bevisforspillelse og gjentakelsesfare osv.

Retten må foreta en avveining mellom den enkeltes rett til frihet og samfunnets rett til å beskytte seg mot kriminalitet. Dette ligger i forholdsmessighetsvurderingen. Ved innførselen av hjemmelen i strpl. § 172 har lovgiver uttrykt at når de gitte vilkår er oppfylt, må den enkeltes rett til frihet vike for samfunnets rett til å beskytte seg. Noen moment i denne avveiningen er også den psykiske belastningen det er for den fengslede å være isolert fra samfunnet generelt, og da særlig fra sine nærmeste. I forhold til barn og omsorgsansvar kan det også medføre rent praktiske problemer ved det å bli fengslet.

Det er imidlertid klart at allmennhetens syn på den enkelte sak, ikke spiller direkte inn på om fengsling kan benyttes eller ikke. Det er ikke anledning for allmennheten, eller representanter for denne, å si sin mening om saken i forbindelse med rettsmøtet.

Folkeopinionen kan ha feilaktige eller mangelfulle opplysninger som de bygger sin oppfatning på, og det er i alle tilfelle domstolen som skal foreta rimelighetsvurderingen om fengsling skal benyttes eller ikke. Men det som er helt klart er at retten i sin forholdsmessighetsvurdering må ta hensyn til allmennhetens syn på den foreliggende sak når de skal avgjøre om fengslingen er forholdsmessig eller ikke. Dette hensynet ligger i kjernen av motivene for strpl. § 172. At saken er egnet til å true tilliten til rettshåndhevelsen er i så fall et argument for fengsling.

Det kan også tenkes situasjoner der det også for siktede selv er ønskelig å være i myndighetenes varetekt. Hvis det er slik at det fremstår som svært sannsynlig at han er skyldig i en alvorlig forbrytelse, vil han likevel ikke kunne fortsette med sitt daglige liv

og arbeide. Det vil også være en stor psykisk påkjenning for vedkommende å oppholde seg i sitt vante nærmiljø, og det kan tenkes at han i ekstreme tilfeller vil kunne være i fare for å bli utsatt for overgrep fra allmennhetens side.⁹

Men hvis vedkommende skulle komme til å samtykke i varetektsfengsling ville ikke § 172 være nødvendig å bruke, strpl. § 171 nr. 4 inneholder en slik bestemmelse.

Med å innføre en slik regel som § 172 er, ønsket lovgiver å styrke samfunnets krav på beskyttelse fra de verste voldsutøverne. Man ser også at lovteksten i § 172 uttrykkelig inkluderer forsøk på de forbrytelsene som kan føre til fengsling etter § 172. Forsøk på en alvorlig forbrytelse, som for eksempel grovt ran, vil kunne være like egnet til å oppskake allmennheten som et fullbyrdet grovt ran. Derfor er det ikke gjort forskjell på forsøk og fullbyrdet forbrytelse i forhold til fengsling etter § 172.

De typiske sakene hvor § 172 brukes er tradisjonelt drap, voldtekt og grovt ran. Men det har vært en dreining mot at regelen stadig oftere blir brukt i narkotikasaker. I perioden 1986 til 1994 var halvparten av de sakene der Høyesteretts kjæremålsutvalg godtok fengsling etter § 172, grove narkotikasaker, i tall var det snakk om tre av seks saker. I perioden 1998 til februar 2000 var antallet grove narkotikasaker økt til to tredjedeler av det totale antallet fengslinger etter § 172, i tall denne gangen seksten av tjuefire¹⁰. Man ser at både det totale antallet fengslinger etter § 172 øker, og andelen med narkotikasaker øker. Antallet etterforskede saker av typen drap, voldtekter og grove ran på samme tiden er nokså stabilt, mens antallet etterforskede narkotikasaker har gått opp.

⁹ Innst. Strpl. kom av 5. juni 1961 s. 6

¹⁰ Ot.prp.nr.81 (1999-2000). (Bruken av varetektsfengsel mv.) Kap.3.2.1.

3 Rettskildebildet

3.1 Hjemmelskrav

Når myndighetene begjærer inngrep i borgernes personlige sfære, stilles det krav til at vedtaket må være hjemlet i lov, og at denne hjemmelen må være både klar og forutsigbar.

Man er her i kjernen av legalitetsprinsippet og man må veie det enkelte individs rettigheter mot samfunnets inngrepsbehov. Når det gjelder straffesaker der inngrepet er å fengsle en person som er mistenkt for en alvorlig forbrytelse, og det er nær visshet om at vedkommende er skyldig i denne, synes det forsvarlig å la samfunnets behov for beskyttelse gå foran den enkeltes rett til frihet.¹¹

Å frata en person friheten er et av de mest inngripende tiltak myndighetene kan iverksette mot noen, særlig når frihetsberøvelsen finner sted før vedkommende er dømt for et straffbart forhold.

Dette gjør at man må være varsom ved bruk av varetektsfengsel, og stille høye krav til de prosesser som leder fram til slik fengsling. Men det er på det rene at rettshåndhevelsesarrest er rettslig hjemlet i § 172.

I all hovedsak er ordlyden i § 172 klar og lettfattelig, men ord som "særlig" har en diffus og noe uvis rekkevidde. Det må likevel anses utvilsomt at § 172 innfrir kravene i legalitetsprinsippet.

Et interessant poeng er at § 172 i utgangspunktet kun hjemler pågrepelse, dette følger av uttrykket "kan han pågripes så fremt..." Pågrepelse og fengsling er langt fra det samme. På en forenklet måte kan man si at pågrepelse er det man i dagligtale ville kalt "å bli arrestert". Man blir innbrakt på politistasjonen for avhør eller lignende. Tidsmessig er en pågrepelse begrenset i tid, og hvis politiet ønsker å beholde vedkommende bak lås og slå, må de begjære vedkommende fengslet.

¹¹ Skjerdal, Kvalitative hjemmelskrav s. 21.

Hjemmel for dette gir § 172 når den blir brukt jamfør strpl. § 183. Retten avgjør om vilkårene for fengsling er oppfylt.

3.2 Rettskildene

3.2.1 Lovtekst

Reglene om fengsling etter strpl. § 172 er ikke endret noen ganger siden innføringen i 1981, med unntak av innføringen av leddet "bokstav b" som ble innført i 2001.

Loven trådte i kraft den 1. januar 1986, og den avløste den gamle straffeprosesslov av 1887. Den gamle loven hadde også en bestemmelse lik § 172, slik den så ut før bokstav b ble lagt til. Bestemmelsen var nummerert § 228a og lå i det nittende kapittel som var tilsvarende dagens kapittel 14, "Pågrepelse og fengsling". § 228 var tilsvarende dagens § 171.

Bestemmelsen hadde altså ikke vært gjenstand for endring før innføringen av leddet bokstav b som vilkårsalternativ som kom med endringslov av 2. mars 2001.

Denne innføringen medførte en realitetsendring av relativt stor grad. Lovendringen førte til en utvidelse av § 172s rekkevidde, og medførte at konkrete straffebud fra straffeloven falt inn under § 172 på tross av at de ikke oppfylte strafferammekravet i første ledd.

3.2.2 Forarbeid

Ved innføringen av bokstav b i loven, ble det hentet inn høringsuttalelser fra flere hold. De fleste fra instanser som forholder seg til § 172 gjennom sitt virke; politi, dommere og advokater. Synspunktene som kom fram var både av positiv og negativ art i forhold til den foreslåtte endringen. Etter å ha vurdert de ulike synspunktene kom lovgiver til at det var nødvendig å innføre bestemmelsen i § 172 av rettshåndhevelsessyn. Og at de ønsker at lovteksten skal være så presis som mulig i forhold til det formål bestemmelsen har til hensikt å fylle.

Nemlig å være et effektivt middel for rettshåndheverne til å beskytte samfunnet mot alvorlig kriminalitet. Det er særlig den gruoppvekkende voldskriminaliten lovgiver ønsket at bestemmelsen skulle ramme. Enkelte hevdet ved innføringen av bokstav b at for eksempel narkotikaforbrytelser måtte holdes utenfor bestemmelsen siden det ikke

var på grunn av slike forbrytelser bestemmelsen i utgangspunktet ble innført.¹² Siden lovgiver hadde en konkret type forbrytelse i tankene da de utformet § 172 måtte de gjerninger som da ikke var av samme type forbrytelse, naturlig falle utenfor.

3.2.3 Generelt om EMK

I henhold til strpl. § 4 går EMK foran norsk lov ved motstrid. Det samme følger av menneskerettsloven § 3. Dette fører til at domstolene ikke bare må vurdere om den foreliggende sak oppfyller de krav som blir stilt i norsk rett, men også om den oppfyller de krav EMK oppstiller før fengsling etter § 172 kan igangsettes.

At norsk straffeprosess skulle kunne komme i konflikt med menneskerettighetene var ikke engang et tema for komité medlemmene da de utformet det som er dagens straffeprosess på 60-tallet. De hadde det enkelte individs rettssikkerhet som høyeste prioritet da de arbeidet fram mot det ferdige resultatet.¹³

EMK som rettskilde er blitt stadig mer vanlig i norske rettssaler, og de avgjørelser som er avsagt av EMD spiller også i større grad enn tidligere inn på resultatet for de norske avgjørelsene om varetektsfengslinger. Dette er helt naturlig når man tenker på hvor stort inngrep det er å frata noen deres frihet, særlig når det skjer før vedkommende er stilt for retten og dømt for et straffbart forhold.

Høyesterett har i Bølgepapp-kjennelsen¹⁴ utformet et krav til at den folkerettslige kilde må "fremtre som tilstrekkelig klar og entydig" for at den skal få den følge at domstolen skal fravike etablert norsk rett. Dette gjelder særlig hvis det er snakk om å endre en rettsstilstand "som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgiving eller praksis." Dette må forstås på den måte at hvis retten finner at det foreligger usikkerhet omkring hva den folkerettslige bestemmelse sier vil denne ikke kunne gå foran norsk lovgiving, særlig ikke hvis den norske lovgivingen ikke levner rom for tvil om tolkningen. Dette kalles klarhetskravet.

I denne oppgaven er det artikkel 5 nr. 1 bokstav c og nr. 3, og artikkel 6 som blir behandlet. Det er verdt å nevne at FN konvensjonen for sosiale og politiske rettigheter,

¹² Ot.prp.nr.81 (1999-2000) (Bruken av varetektsfengsel). Kap 3.2.4.

¹³ LoR 1992 s. 375. Johs. Andenæs. Emk og norsk straffeprosess.

¹⁴ Rt 1994 s.610

kalt SP, har tilsvarende bestemmelser i sine artikler nr. 9 og nr. 14. Norge har ved ratifikasjonen tatt forbehold mot bestemmelsen i Sp. Art. 14.

3.3 Fremmed rett

Norge hadde en noe høyere fengslingshyppighet enn Danmark, og en betydelig høyere fengslingshyppighet enn Sverige, på den tiden da man jobbet med innføringen av strpl. § 172.¹⁵ Disse landene hadde før utarbeidelsen av de regler som er grunnlaget for dagens norske straffeprosess, også en lovgiving for det samme rettsområdet som var av nyere dato enn den norske.

I det norske retthåndhevelsesapparatet er den anklagende og den dømmende myndighet adskilt. Dette kan føre til færre problemer knyttet til habilitetsproblemer og brudd på menneskerettighetene. I forhold til inhabilitet er det også sentralt at det aktuelle myndighetsorgan ikke kan fremstå som inhabilt. Det skal ikke være noen grunn for noen å mistenke at det foreligger inhabilitet. En sammensmelting av den etterforskende myndighet og den dømmende vil også kreve en meget klar organisasjonsstruktur for at saksbehandlerne ikke skulle komme i en situasjon der de både hadde etterforskningsansvar og skulle dømme i den samme saken. Dette kalles en inkvisisjonsprosess.

I f.eks. Belgia har de inkvisisjonsprosess, dommerne har da også ansvar for å etterforske sakene. Man kan da lett se for seg at en dommer som har etterforsket sak kan få den på sitt bord når han er i rollen som dømmende dommer.¹⁶

I Danmark har man en ordlyd som er nokså lik den norske § 172. Vilkårene er også nokså sammenfallende. I lov om rettens pleje kapitel 70, § 762 2. Stk er det fastslått at den som med ”bestyrket mistanke” er mistenkt for en forbrytelse som kan medføre fengsel i seks år eller mer kan fengsles av hensyn til ”rettshåndhevelsen”. Videre har bestemmelsen et ledd nummerert ”Stk. 2” som ramser opp konkrete lovbestemmelser som også faller inn under fengslingshjemmelen.

Som man ser av lovteksten er hensynet til den alminnelige rettsfølelsen sentralt ved rettshåndhevelsesarrest også i Danmark. Men det er begrenset av kravet til

¹⁵ Innst. fra Straffelovkomiteen om endring av reglene om pågripelse og fengsling m.v. fra 1961, s. 5.

¹⁶ LoR 1989 Jørgen Aall, Er varetektsdommeren partisk i hovedforhandlingen?

forholdsmessighetsvurdering som ligger i Stk. 3, hvor retten må ta hensyn til om ”frihedsberøvelsen vil stå i misforhold” til forhold ved den mistenkte og saken betydning ellers.

Svenskenes tilsvarende bestemmelse skiller seg fra de andre skandinaviske ved at fengsling skal finne sted ved forbrytelser som kan føre til mer enn 2 år straffearbeid, og hvis det ikke er åpenbart at fengslingen er ubegrunnet.

Dette følger av Rättergångsbalkens 24 kap. ”Om häktning och anhållande” 1. § annet ledd. De operer altså med pliktig fengsling når sakens grovhet er av en viss styrke. Men de har det til felles med de andre skandinaviske land at fengslingshjemmelen begrenses av en lovpålagt forholdsmessighetsvurdering. I 1. § tredje ledd blir retten pålagt å vurdere om fengsling som inngrep mot den mistenkte oppveier de ulemper det medfører for ham.

4 De rettslige vilkår i strpl. § 172

4.1 Generelt om vilkårene

Strpl. § 172 består av to alternative vilkårsledd, nummerert ”a” og ”b”. Leddene er uavhengig av hverandre og fyller hver sin oppgave.

I bokstav a er det strafferammen som trekker opp grensen for virkeområdet, i dette tilfellet har lovgiver satt den til 10 års fengsel eller mer. Det vil da si at enhver forbrytelse mot et straffebud som kan føre til at den skyldige blir fengslet i 10 år eller mer, i utgangspunktet er omfattet av strpl. § 172.

Bokstav b inneholder konkrete straffbestemmelser som på tross av at de har lavere strafferamme enn det kravet er satt til i bokstav a, skal omfattes av regelen. Disse forbrytelsene er grove voldsforbrytelser. Dette er fordi lovgiver ønsker å sende et signal om at ved slike forbrytelser er myndighetene villige til å gå langt i sine inngrep mot den enkelte som er mistenkt, for å beskytte samfunnets interesser.

Strpl. § 172 er selvstendig fra fengslingshjemmelen i § 171, det behøver ikke å foreligge noen elementer fra de spesielle fengslingsvilkårene når man vurderer om det foreliggende tilfellet oppfyller kravet i § 172¹⁷. Men dersom det foreligger forhold som vil kunne oppfylle de spesielle fengslingsvilkårene i § 171 blir det av Høyesterett sett på som ”ikke uriktig” lovtolkning hvis disse blir trukket inn som tolkningsmoment i helhetsvurderingen om fengsling er forholdsmessig¹⁸.

Det er viktig å understreke at i forbindelse med spørsmål om varetektsfengsling, er det ikke obligatorisk å fengsle. Ingen av lovhjemlene sier at den aktuelle personen skal fengsles. Både strpl. § 171 og § 172 bruker ordet ”kan” som er nokså umulig å misforstå. Påtalemyndigheten står altså fritt til å velge å ikke begjære den aktuelle personen varetektsfengslet, hvis de mener det er hensiktsmessig. Det kan være at de

¹⁷ Rt 1998 s. 1244

¹⁸ Rt 1999 s. 116

mener selv at vilkårene ikke er oppfylt, eller at de ser på fengslingen i den aktuelle sak som et uforholdsmessig inngrep overfor akkurat den personen. Eller det kan tenkes at de mener at den samme effekten kan oppnås ved fengslingssurrogater, som for eksempel meldeplikt for politiet. Retten står også, på samme måte som påtalemyndigheten, fritt til å ikke fengsle den mistenkte som påtalemyndigheten har begjært fengslet, etter at de har foretatt en vurdering av om fengslingsvilkårene er oppfylt.

Vurderingen om det foreligger kvalifisert mistanke må også omfatte alle straffbarhetsvilkårene. Varetektsfengsel etter § 172 kan ikke brukes med mindre alle de fire straffbarhetsvilkårene er oppfylt. Det vil da si at hvis retten ikke er tilstrekkelig overbevist om at siktede for eksempel er tilregnelig, kan ikke bestemmelsen brukes mot ham. Dette standpunktet ble slått fast av Høyesterett i en sak¹⁹ der påtalemyndigheten påkjærte lagmannsrettens kjennelse om løslatelse, fordi de mente lagmannsretten tolket § 172 feil når de mente at den ikke kunne brukes på utilregnelige personer. Dette fikk påtalemyndigheten ikke medhold i av Høyesterett.

Lovteksten i § 172 sier uttrykkelig at bestemmelsen kan brukes når siktede er mistenkt ”for en forbrytelse som kan medføre straff”, dette igjen må føre til at alle de fire straffbarhetsvilkårene må være oppfylt for at regelen kan brukes.

Dessuten har strpl. § 171 annet ledd egnet hjemmel for fengsling i saker der den mistenkte er utilregnelig.

4.1.1 Prosessforutsetninger

Et grunnkrav ved alle former for hovedforhandlinger er at partene må ha *rettslig interesse* i tvisten. Det vil si at tvisten må omfatte noe som er av betydning for vedkommende. Det er selvfølgelig slik at i tilfeller hvor det er begjært fengsling, så vil vedkommende som er begjært fengslet, ha en interesse i om begjæringen blir tatt til følge eller ikke.

Men sakens kjerne må også være aktuell, man kan ikke få avgjort en sak bare for å ”få rett” uten at det har andre følger enn at man vet at man hadde rett. Ved varetektsfengsling må fengslingskjennelsen fortsatt være gyldig for at man skal kunne si at den er rettlig interessant å etterprøve. I Rt 2002 s. 1748 avviste Høyesterett et kjæremål over strpl. § 172 fordi lengstefristen for fengslingen gikk ut samme dag som

¹⁹ Rt 1996 s. 439

kjæremålet ble innlevert til Høyesterett. Medhold i kjæremålet kunne altså ikke ha ført til noen realitetsendring. Sakens kjerne ble da ansett som uaktuell.

Hovedregelen er at retten settes i den rettskrets der den aktuelle gjerningen har skjedd. Dette vil da kalles sakens *stedlig riktig verneting*. Regelen er hjemlet i strpl. § 10, men det er et meget praktisk unntak i § 11 som sier at saken kan føres for retten i siktedes eget verneting, altså i den rettskrets vedkommende har sin faste bopel.

Sakens rette verneting kan fravikes hvis partene er enige om det, dl. § 36, jfr. strpl. § 16. Dette kan være aktuelt i tilfeller der to personer er siktet for deltakelse i det samme straffbare forhold og deres deltakelse er så sammenfallende at de kan behandles under den samme hovedforhandling.

Noe av bakgrunnen for å innføre regelen om rettshåndhevelsesarrest var å sikre allmennhetens tillit til rettsapparatet. En gruppe det vil være meget nærliggende å tenke på i denne situasjonen, er de pårørende eller andre nærstående til den fornærmede. De vil ofte være sterkt knyttet til saken, det kan være fordi fornærmede ikke er i stand til å verne om sine interesser i saksgangen, for eksempel fordi vedkommende er mindreårig, eller vedkommende kan være død, hardt skadd eller i så stor grad psykisk påvirket av saken at det går ut over handleevnen. I slike situasjoner er det ofte de pårørende som vil stå saken nærmest. Det kan da være nærliggende å tenke seg at det er i lovgivers vilje at pårørende skal ha adgang til å påkjære en sak videre i rettsystemet. Hovedregelen er imidlertid at man må ha *partsevne* i saken for å kunne anke. Det vil si at man har en direkte tilknytning til sakens kjerne. I straffesaker er også hovedregelen at private har begrenset handlekraft, det er det offentlige som har ansvaret for å påtale kriminelle forhold.

Høyesterett har uttalt at foreldrene til et 12 år gammelt barn som har blitt drept, ikke har adgang til å påanke fengslingskjennelse etter § 172 selv om de i høy grad rammes av at siktede blir løslatt.²⁰ Foreldrene mente å ha partsevne i saken da deres mindreårige datter ble drept, de mente seg "rammet" av kjennelsen om løslatelse av siktede, og påstod dermed at de hadde ankerett slik som strpl. § 377 åpner for. De ønsket derfor å påkjære løslatelsen av den som på det tidspunktet var siktet for drapet.

Høyesterett ga ikke foreldrene medhold i dette.

²⁰ Rt 2002 s. 143

4.2 Forholdsmessighet

Straffeprosesslovens § 170a er en bestemmelse som får virkning for alle tvangsmidler som er hjemlet i straffeprosessloven, ikke bare de som er plassert i kapittel 14.

Bestemmelsen inneholder prinsippet om at et tvangsmiddel ikke skal være uforholdsmessig inngripende i en persons private forhold.

For at en fengsling skal kunne iverksettes må retten foreta en vurdering av om det er nødvendig å fengsle, eller om inngrepet ikke vil ha den tiltenkte effekt.

Retten er altså pålagt å foreta en vurdering om fengslingen er hensiktsmessig.

Det vil da i forhold til strpl. § 172 komme inn vurderinger som om forholdets art vil kunne skape en reaksjon i befolkningen av en slik karakter at det vil være hensiktsmessig å holde den siktede i fengslig forvaring.

Sentrale momenter i en slik vurdering vil være samfunnets behov for beskyttelse og rettshåndhevelse.

Hvis retten kommer til at sakens natur og forholdene ellers gjør at fengsling i den foreliggende sak vil ramme den mistenkte på en måte som vil virke skadende på hans person, og at fengsling da vil være et uforholdsmessig inngrep, skal de løslate den mistenkte i saken.

I Rt 2000 s. 1905 foretok Høyesteretts kjæremålsutvalg en bred vurdering av siktedes private forhold, så som psyke, medias dekning av saken og belastningene ved langtidsisolasjon fra sine nærmeste. I denne saken hadde siktede påkjært kjennelse om fortsatt varetektsfengsling, med henvisning til omsorg for barn og hennes psyke, som forhold som måtte spille inn i vurderingen av om videre fengsling var forholdsmessig. Hun hadde aleneomsorg for sin mindreårige sønn fram til fengslingstidspunktet, og hadde psykiske problemer som følge av grove seksuelle overgrep fra sin avdøde far. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at disse forhold ikke var tilstrekkelig til å si at videre fengsling var et uforholdsmessig inngrep. Kjæremålet ble forkastet.

Det er altså nokså strenge krav til hvilke forhold som vil få fengslingen til å være uforholdsmessig. I denne saken var det snakk om psykiske problemer og omsorg for et mindreårig barn. Kjennelsen sier ikke noe om hva slags tilknytning det var mellom far og barn utover det biologiske, men det er jo et moment som kan tenkes å spille inn i forholdsmessighetsvurderingen. Hvis barnet ikke har noe forhold til faren eller at det

ikke er annen familie eller nærstående som kan ta omsorg for barnet, vil fengsling være enda mer inngripende. Det samme vil kunne tenkes i situasjoner der det er flere barn som har behov for omsorg fra den som står i fare for å bli fengslet.

Det vil også være slik at jo sterkere samfunnets behov for beskyttelse er, jo mer skal også til for at fengslingen skal bli uforholdsmessig. I den overnevnte sak var det snakk om et drap som var kjent gjennom mediedekning, og det var utført på en gruoppvekkende måte. Mistanken mot vedkommende var også sterk.

Man kan stille spørsmålstegn ved om det er et krav at allmennheten faktisk ville reagere på at den mistenkte i en sak ble løslatt, eller om løslatelsen bare er ”egnet” til å skape en slik reaksjon. Et moment som kan spille inn i denne sammenhengen er medias dekning av saken. Ved stor medieoppmerksomhet rettet mot den mistenkte vil saken i større grad kunne bli byrdefull for ham enn om saken forble ukjent for allmennheten. Særlig ved alvorlige saker er medias interesse for hendelsen og de involverte stor. Drap og grove ran er ikke hverdagskost i Norge, og det er da heller ikke rart at allmennhetens interesse for saken er stor.

I en Rt 2003 s. 974 var siktede mistenkt for en svært alvorlig narkotikaforbrytelse, befatning med minst 141 kilo hasj, og hans forsvarer har anført at lagmannsretten i sin helhetsvurdering ikke hadde lagt riktig vekt på medias omtale av saken. Lagmannsretten har lagt vekt på at saken var omtalt i media og at det da var større fare for at en løslatelse av siktede kunne føre til reaksjoner i allmennheten. Forsvarer hevdet at omtalen begrenset seg til noen få avisoppslag i lokalavisen, og at dette ikke kunne være nok til å ha noen betydning på en slik måte at allmennheten generelt skulle ha kjennskap til saken. Det forelå da ikke noen grunn til å ta rettshåndhevelsessyn i denne saken mente forsvareren.

Høyesterett uttalte at det klart må komme fram i lagmannsrettens kjennelse hva de har vektlagt, og mente at det må stå uttrykkelig i hvilket omfang medieomtale av saken fant sted. Hvis lagmannsretten har vektlagt medieomtale som en grunn til å ta rettshåndhevelsessyn, må dette komme klart fram av kjennelsen deres.

Også i Orderud-saken²¹ ble negativ medieoppmerksomhet anført av forsvarerne som et moment som måtte vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen. Kjæremålsutvalget samtykket ikke i dette²².

4.3 "Særlig grov forbrytelse" – "10 år eller mer"

Når man sier at det er et vilkår at forbrytelsen er av "særlig grov karakter" er dette en sannhet med visse modifikasjoner. Det er ikke et krav i seg selv at forbrytelsen er "særlig grov" eller egnet til å støte allmennheten, men det er en underliggende tanke at hvis forbrytelsen kan føre til at man blir fengslet i ti år eller mer, så har den av seg selv en slik karakter.

Vilkåret er altså at den isolerte forbrytelse må kunne føre til fengselsstraff i ti år eller mer. Bestemmelsen har ingen egen øvre begrensning, dette følger av den generelle øvre grensen om maksimalt 21 års fengsel i strl. § 17.

Men EMK art. 5 nr.1 bokstav c setter den begrensning at løslatelsen må true "public order" eller hensynet til den offentlige orden. Dette hensynet er nokså sammenfallende med hensynet bak strpl. § 172, og var noe av hovedgrunnen til at bestemmelsen ble innført i utgangspunktet. Denne begrensningen fører igjen til at fengsling som skjer kun på grunnlag av forbrytelsens grovhet vil være konvensjonsstridig.²³

Vilkåret for fengsling etter strpl. § 172 bokstav b er at strafferammen for det aktuelle lovbrudd strekker seg til 10 år eller mer. Hva ligger i "10 år eller mer"? Det som er helt opplagt er at alle straffebud med strafferamme over 10 år er dekket av bestemmelsen. Men hva med de straffebud som har en øvre strafferamme på "inntil 10 år", er disse dekket av bestemmelsen? I daglig tale kan det være rom for tvil om forståelsen av dette, det er fullt mulig å si at "inntil 10 år" medfører at den fengslede senest kan slippes ut dagen før det har gått 10 år. Men ved denne tolkningen ser man at flere grove forbrytelser, som det fra lovgivers side var ønsket at skulle dekkes av bestemmelse, vil falle utenfor. Det er snakk om forbrytelser som blant annet voldtekt og kidnapping.

²¹ Rt 2001 s. 940

²² Mer om denne saken i pkt. 4.8 om EMK art. 6.

²³ Ot.prp.nr. 81 1999-2000. Om lov om endring i straffeloven og straffeprosessloven. Kap. 3.2.1.

Grove narkotikaforbrytelser som lovgiver ikke uttrykkelig inkluderte, men som paragrafen er mye brukt på, ville falle utenfor. Spørsmålet har vært oppe til behandling i Høyesteretts kjæremålsutvalg. I Rt 1993 s. 900 hevdet den siktede at det var feil av lagmannsretten å fengsle ham med hjemmel i strpl. § 172 i en sak der han var siktet for en grov narkotikaforbrytelse etter strl. § 162 første ledd jfr. annet ledd. Det var snakk om befatning med 100 gram amfetamin og siktede hevdet at på bakgrunn av rettspraksis ville han risikere 1.5 års fengsel. Strafferammen i det aktuelle straffebud er ”inntil 10 år” i fengsel. Høyesterett slo fast at overtredelse av det aktuelle straffebud kunne medføre varetektsfengsel etter § 172, og at lagmannsretten hadde tolket bestemmelsen riktig. Siktedes kjæremål ble etter dette forkastet.

Hva den idømte fengselsstraffen blir vet man jo ikke før saken er endelig avgjort ved rettskraftig dom. Man ser at i mange tilfeller blir straffen langt lavere enn ti år. Dette vil være uproblematisk i forhold til § 172, ettersom vilkåret i bestemmelsen er at strafferammen må strekke seg til minst 10 år. Det er slett ikke uvanlig at normalstraffen for et forhold ikke er like lang som lengstestrafen. Dette henger sammen med at de ulike straffebudene ofte har strafferammer som strekker seg mye lenger enn det gjennomsnittsstraffen for det aktuelle forhold er.

Den høye strafferammen gjenspeiler hensikten med bestemmelsen. Lovgiver viser at de ser svært alvorlig på grov kriminalitet og de ønsker et effektivt verktøy i kampen mot denne. De innførte regelen selv om det var motforestillinger mot bestemmelsen, blant annet i Anders Bratholms bok²⁴ om temaet. Fra hans side ble det påpekt at bestemmelsens hensikt kunne være på kant med de juridiske prinsipper som var gjeldende i norsk rett på den tiden regelen ble utarbeidet.

4.4 Strpl. § 172 bokstav b, de konkrete straffebud

Ved brudd på de konkrete lovbestemmelser oppramset i straffeloven er det også adgang til å benytte varetektsfengsling etter § 172, selv om disse paragrafene ikke oppfyller bestemmelsens krav om 10 års fengsel eller mer.

²⁴ Anders Bratholm. Pågripelse og varetekt. 1957. Kap. 9.

Dette leddet kom inn etter et forslag fra stortingspolitikere om endring av § 172 der utgangspunktet i forslaget var at man ønsket å senke strafferammen i § 172 til 5 år for at flere typer forbrytelser skulle falle inn under bestemmelsen. Man hadde særlig i tankene grove voldsforbrytelser med store skader eller død som resultat, der voldsutøvelsen var begått forsettlig, mens følgene av gjerningen ikke var dekket av forsettet.

De straffeбудene som er oppramset er straffelovens § 228 annet ledd annet straffalternativ jfr. strl. § 232 som er forsettelig legemsfornærmelse under skjerpene omstendigheter med betydelig skade eller døden til følge, § 229 annet straffalternativ jfr. § 232 som er forsettelig legemsbeskadigelse under skjerpene omstendigheter, og § 229 tredje straffalternativ som er legemsbeskadigelse med betydelig skade eller døden til følge.

Alle sammen er svært alvorlige voldsforbrytelser der skadevoldelsen er omfattende. Men de har alle det til felles at de har strafferammer som ikke faller inn under kravet i strpl. § 172 bokstav a.

Det første forholdet knyttet til strl. § 228 gir i utgangspunktet en maksimal straff på 5 år, men henvisningen til § 232 høyner strafferammen med 3 år til totalt 8 års fengsel. Forhold nummer to knyttet til § 229 annet straffalternativ har, før henvisningen til § 232, en øverste strafferamme på 6 år, men etter at man har tatt i bruk § 232 gir forholdet en maksimal straff på 9 års fengsel.

Det siste av de oppramsede forhold knyttet til § 229 tredje straffalternativ har en strafferamme på 8 år.

Ingen av de nevnte straffeбуд har noen nedre begrensning, bortsett fra den generelle regelen om at minste fengselstraff som kan idømmes er 14 dager i følge strl. § 17 a. Lovgivers klare hensikt med innførselen av bokstav b var å ”holde voldsutøvere borte fra gata i påvente av rettssak eller soning”.²⁵ Dette er klar tale fra lovgivers side, og man går langt i retning av forskuttert straff med et slikt utsagn. Håndheverne av reglene må da på et tidlig stadium i saken ta stilling til om mistenkte er en ”voldsutøver” eller ikke. Selv om hensikten er å opprettholde respekten for rettshåndhevelsen vil en kjennelse om fengsling som uttrykker at hensikten er å holde en ”voldsutøver borte fra gata” kunne bli gjenstand for kjæremål så lenge fengslingen er skjedd med hjemmel i strpl. § 172 og ikke strpl. § 171 nr. 3.

²⁵ Inst.O.nr.45 (2000-2001) Bruken av varetektsfengsel.

Narkotikabestemmelsen i strl. § 162, som er en av de vanligste forbrytelsene som § 172 blir brukt ved, har tre ulike straffebud alt etter hvor alvorlig narkotikaforbrytelsen er. Strafferammene spenner fra to år ved uaktsomhet til 21 år ved skjerpene omstendigheter. Det er vanligvis andre ledd som er benyttet ved § 172 tilfeller og det leddet har en 10 års strafferamme.

4.5 Forhold som i særlig grad styrker mistanken

Det kan tenkes en rekke forhold som kan styrke mistanken om at noen kan knyttes til en alvorlig forbrytelse, men felles for alle er at de må styrke mistanken i ”særlig grad”.

Loven nevner selv tilståelse som et slikt forhold. Andre ting kan være at siktede beviselig har vært på åstedet og kan knyttes direkte til for eksempel et drapsvåpen eller en annen gjenstand som har noe med forbrytelsen å gjøre, for eksempel et parti narkotika.

En tilståelses vekt vil selvfølgelig avgjøres av i hvilken grad den kan tillegges troverdighet. Om den støttes av vitners iakttagelser, eller andre bevis, betyr mye.

Men hva kreves det av en tilståelse for at den i det hele tatt skulle kunne tillegges vekt?

En tilståelse kan være både skriftlig og muntlig, men det må være utvilsomt at den kommer fra den mistenkte i saken. Tilståelsen må videre dekke alle de fire straffbarhetsvilkårene for å kunne tillegges vekt.

Tradisjonelt ble en tilståelse tillagt meget stor vekt, den ble kalt ”bevisenes dronning”.

Det er klart at en tilståelse ikke tillegges slik vekt i dag. Men en troverdig fremført tilståelse, som er i samsvar med de bevis, eller andre opplysninger, som foreligger ellers i saken, vil klart ha stor vekt. Særlig hvis den inneholder fakta som den som tilstår ikke kunne hatt kjennskap til på andre måter enn ved å være tilstede i gjerningsøyeblikket.

Det kan tenkes situasjoner der en tilståelse blir fremlagt fra en person som ikke har gjort det han tilstår. Det kan være for å hjelpe den skyldige eller for å beskytte vedkommende, eller det kan tenkes at vedkommende gjør det av mer sykelige grunner og ønsker ”æren” for det aktuelle lovbrudd. Hvis en inngitt tilståelse svekkes av de bevis og opplysninger som finnes i saken forøvrig, vil vekten av denne tilståelsen være lavere. Det kan også tenkes at denne da ikke vil være et forhold som ”i særlig grad” styrker mistanken.

Men i hvilken grad et bevis skal tillegges vekt vil være et spørsmål om tolkning. Det er ikke sikkert det foreligger en tilståelse i saken, men flere mer eller mindre sikre bevis og indisier. Her må man se hen til prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisvekt. Partene tillates i stor grad å legge fram det de ønsker, da med unntak av bevis som er ulovlig fremskaffet eller forbudte bevismidler, som for eksempel løgndetektorundersøkelse. Og retten på sin side står fritt til å tillegge de ulike bevisene den vekt de synes er mest hensiktsmessig.

I hvor stor grad partene skal tillates å fremlegge det de ønsker i forbindelse med fengslingen, før man kan si at det er i strid med de prosessuelle regler som gjelder for tingretten når den foretar fengslinger, kan være et vanskelig spørsmål.

Det er ikke meningen at saken skal prøves i sin fulle bredde i forbindelse med fengslingssaken, men når mistankekravet er så høyt som det er i strpl. § 172, kan det lett oppleves som et overgrep for den siktede i saken, dersom han føler at bevisførselen blir sterkt amputert og han ikke får fremlegge det han mener beviser hans uskyld. Retten plikter å sørge for at saken blir tilstrekkelig belyst til at den kan avgjøre spørsmålet på en forsvarlig måte. Prinsippet om forsvarlig saksbehandling står sentralt for all saksbehandling som foregår i retten, uansett på hvilket stadium i domstolsbehandlingen man er.

Men man må også ta prosessøkonomiske hensyn når man avgjør hvor stort sakens omfang skal tillates å bli i denne fasen. Utstrakt vitneførsel og fremleggelse av bevis er ikke vanlig i forbindelse med behandlingen av fengslinger i tingretten. Det skal foregå en effektiv strafferettspleie uten at det går på bekostning av kontradiksjonen i de ulike sakene som behandles av retten. Som nevnt er det ikke slik at saken skal fremlegges i sin helhet, og det er heller ikke lovgivers hensikt.

Rettspraksis har også knyttet mistankekravet til de enkelte straffbarhetsvilkår, og det har gjort seg utslag blant annet ved at det må føres bevis for forsett i de saker som omhandler bestemmelser som krever det for å kunne fengsle etter § 172. Retten mente at det forelå en "viss" tvil om siktede hadde forsettlig utført et drap. Han kunne dermed ikke fengsles etter § 172 konkluderte Høyesterett med²⁶. Høyesterett viser til

²⁶ Rt 2000 s. 371

forhørsretten som uttalte følgende: ”Retten ser det slik at det, slik saken nå står opplyst, foreligger en viss tvil om siktede handlet forsettlig med hensyn til dødsfølgen og at kravet til kvalifisert mistanke således ikke er tilstede. Begjæringen om fengsling etter straffeprosessloven § 172 tas etter dette ikke til følge.”.

I dette tilfellet var det ikke tvil om at siktede hadde utført voldshandlingen med forsett, men det var grunn til å tvile på om han hadde forsett i forhold til dødsfølgen. Denne tvilen ble av Høyesteretts kjæremålsutvalg tillagt så stor vekt at de kom til at vilkårene for fengsling etter § 172 ikke kunne anses som oppfylt. Men Høyesterett understreker at det skal være rom for en viss tvil i forhold til straffbarhetsvilkårene, det er ikke et absolutt krav at alle vilkårene må være oppfylt for å fengsle etter § 172. Det må foretas en vurdering i de enkelte tilfellene.

Det er ikke bare tilståelser som vil kunne være styrkende for mistanken, dette sier loven selv i klartekst, ”tilståelse, eller forhold som i særlig grad styrker mistanken”. Mye vil kunne være ”forhold”, dette følger av prinsippet om fri bevisførsel, ”som styrker mistanken”: Vitneforklaringer, tekniske funn på åstedet, ting funnet hos siktede som knytter ham til gjerningen som f.eks. tyvegods fra forbrytelsen, eller verktøy og våpen som har vært brukt under ugjerningen.

Også i forhold til disse typene bevis vil det være et spørsmål om hvor mye partene skal tillates å fremlegge under fengslingsmøtet. Det vil i enkelte saker være enorme mengder av bevis som vil tale både for og imot at mistanken kan rettes mot den siktede. Det vil da måtte foretas en vurdering av hvor mye som trengs for at saken skal bli tilstrekkelig opplyst.

Det vil alltid være et spørsmål i saker hvor det er aktuelt å fengsle med hjemmel i § 172 hva som kan legges i ”særlig grad”. Grunnkravet i strpl. § 171 er ”skjellig grunn til mistanke” som antas å være oppfylt ved sannsynlighetsovervekt. Kravet i § 172 er klart strengere enn dette, det følger av rettspraksis.²⁷

I strpl. § 171 er det sterkeste beviskravet ”antas påkrevd” som finnes i paragrafens nummer 3, mens minimumskravet er ”skjellig grunn til mistanke”. I hvor stor grad det har en overføringsverdi kan jo diskuteres, men det synes ganske naturlig å språklig sett forstå i ”særlig grad” fra § 172 som et strengere mistankekrav enn ”antas påkrevd”.

²⁷ Rt 1989 s. 70

Men det sterke mistankekravet må ikke forstås dithen at man skal ha så nærme visshet som man kan komme for å fengsle etter § 172, kravet ligger lavere enn som så.²⁸ Det skal jo også som tidligere nevnt være en forskjell mellom varetektsfengslingen og hovedforhandlingen.

Strpl § 172 kan også brukes etter at dom har falt i førsteinstans, mens man venter på at anken skal behandles, slik at saken kan endelig avgjøres. Dette har vært tilfelle i flere kjente saker, Orderud-saken er et slikt eksempel.²⁹ Høyesterett har uttalt følgende om vurdering av mistankekravet i saker der det er avsagt dom i lavere retter: ”Det retten må gjøre er å gjennomgå den foreliggende, fellende dom, gjøre seg opp en mening om kvaliteten og bevisverdien av de vurderinger som der er gjort og sammenholde dette med de konkrete beviselementer som hevdes å svekke den bevisvurdering dommen bygger på. Dette må så ses i forhold til lovens krav om at mistanken skal være av kvalifisert sterk karakter før fengsling kan skje i medhold av § 172.”³⁰

I slike tilfeller har jo allerede en domstol vurdert om vedkommende er skyldig eller ikke. Det er da lett å tenke at det for domstolen som skal vurdere om fengslingskravene i § 172 er oppfylt, kommer til en ferdig avgjort sak. Men også i slike tilfeller skal retten foreta en selvstendig og kvalifisert vurdering av den foreliggende sak. Retten skal ikke vurdere saken i sin fulle bredde og gjennomføre en ny hovedforhandling, men skal ha en tilstrekkelig saksgjennomgang.

Tidligere mistankekonstatering i forbindelse med hovedforhandling, vil være et tolkningsmoment ved vurderingen av om § 172 kan brukes. Ofte vil mistankekravet være oppfylt i de tilfeller der dom er avsagt i saken. Rettspraksis fra før den overnevnte sak³¹ hadde gjort det slik at det nærmest måtte argumenteres for løslatelse og at fengsling var hovedregelen etter at dom var avsagt. Dette har nå blitt endret, og retten skal foreta vurderingen om fengslingskravet er oppfylt på egenhånd.³²

Høyesterett sier her at det er et klart skille mellom en sak som er på etterforskningsstadiet, og en som er på dømt og anket.

²⁸ Rt 1989 s. 186

²⁹ Rt 2001 s. 940

³⁰ Rt 1998 s. 155

³¹ Se note 29

³² Rt 1995 s. 1073

Det kan tenkes at den dom retten skal behandle en fengslingssak på bakgrunn av er påanket. Vil dette sette andre krav til den behandling fengslingsspørsmålet får? Er mistankekravet regelmessig oppfylt også i de saker hvor dommen i hovedforhandlingen er blitt påanket?

I en sak³³ om fengsling etter § 172 etter dom ved hovedforhandling i lagmannsretten ble dette spørsmålet reist. Dommen ble påkjært til Høyesterett, og siktedes forsvarer hevdet at det heftet en saksbehandlingsfeil ved fengslingskjennelsen i og med at sakens dokumenter ikke var vurdert i sin helhet. Lagmannsretten hadde kun hatt den avsagte dom med de tilhørende dokumenter foran seg når de skulle vurdere om vilkårene for fengsling var oppfylt. Siktede hevdet at for å kunne foreta en selvstendig vurdering av saken måtte lagmannsretten se på alle fremlagte dokumenter i forbindelse med saken, ikke bare de som ble brukt som grunnlag for dommen. Dette var særlig viktig, hevdet siktede, når dommen var påanket til Høyesterett, og påstod at anken brakte saken i en annen stilling når det gjaldt hva som måtte legges til grunn ved avgjørelse av fengslingsspørsmålet. Høyesteretts kjæremålsutvalg sa seg ikke enig i denne påstanden og uttalte: ”Utvalget kan ikke se at det forhold at anken ... bringer dette i en annen stilling.” Saksbehandlingen påvirkes altså ikke av at det inngitt anke i saken.

4.6 Den enkelte forbrytelse må ha strafferamme på ”10 år eller mer”

Bestemmelsen om varetektsfengsling etter § 172 kan bare brukes i de tilfeller der forbrytelsen gjelder et forhold som kan føre til fengsel i 10 år eller mer. Dette gjelder også hvis den det er aktuelt å fengsle har begått flere straffbare handlinger. Minst en av handlingene må oppfylle kravet om 10 år eller mer. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse ved forhøyning av straffen som følge av gjentakelse av den straffbare handlingen, og heller ikke ved sammenstøt av flere straffbare handlinger med strafferammer som er lavere enn vilkåret i § 172. Det at man kommer i fare for ti års fengsel eller mer på bakgrunn av flere straffbare forhold, oppfyller altså ikke lovens krav.

³³ Rt 1995 s. 1232

Men det er ingen ting i veien for at man kan fengsle med hjemmel i § 172, ved gjentakelse eller sammenstøtt av forbrytelser som hver for seg har strafferamme på 10 år eller mer.

På dette punktet skiller strpl. § 172 fra strpl. § 171 ved at gjentakelse og konkurrans ikke kommer i betraktning i forhold til om fengslingsvilkårene er oppfylt. Bakgrunnen for at gjentakelse kommer i betraktning i forhold til strafferammene når man vurderer om strpl. § 171 kan benyttes, er at økningen av strafferammene som følge av gjentakelse er innført i loven av individualpreventive hensyn.

Et slags unntak på dette vilkår kan ses i de tilfeller der man bruker strl. § 232, som er en straffeskjerpelsesbestemmelse. Denne bestemmelsen har ingen selvstendig funksjon som straffebud, og må derfor brukes i sammenheng med andre straffebud. Et slikt tilfelle er behandlet i Rt 1999 s. 862 der Høyesterett gir påtalemyndigheten medhold i deres kjæremål med påstand om at et forhold av strl. § 229 3. straffalternativ jfr. strl. § 232 ikke regnes som sammenstøt eller forhøyelse av en slik karakter at den faller utenfor strpl. § 172.

4.7 EMK art. 5

EMK art nr. 5 inneholder en rekke bestemmelser, men de som er relevante i denne sammenhengen er nr. 1 bokstav c og nr. 3. Nr. 1 bokstav c regulerer den lovlige pågrepelse og frihetsberøvelse av en mistenkt. Mens nr. 3 regulerer fristen påtalemyndigheten har til å fremstille den mistenkte for en dommer etter en pågrepelse. Bestemmelsene blir tilsvarende strpl. §§ 172 og 183 som hjemler pågrepelse og fengsling når de blir brukt sammen.

I forhold til begge bestemmelser gjeldet klarhetskravet formulert av Høyesterett i Bølgepapp-kjennelsen³⁴. Dette medfører at kovensjonsteksten må være klar og entydig for å gå foran norsk rett ved motstrid.

EMK art. 5 nr. 1 bokstav c gir hjemmel for ”lovlig” pågrepelse og fengsling av den mistenkte i tre tilfeller, enten når det foreligger ”rimelig mistanke” om at han er skyldig

³⁴ RT 1994 s. 610

i en forbrytelse, eller når det er ”rimelig grunn til å anse nødvendig” for å hindre ham i å begå en forbrytelse, eller flykte etter å ha begått en forbrytelse. Kravet om at mistenkte må stilles for ”kompetent rettslig myndighet” går jeg ikke nærmere inn på da domstolsordningen i Norge klart oppfyller dette.

Alle tre vilkårene er alternative til hverandre. I motsetning til strpl. § 172, med sine alternative vilkår i a og b og det underliggende ”særlige forhold”, er det i tilstrekkelig at et av vilkårene i artikkelen er oppfylt. ”Rimelig mistanke” er ikke et grunnkrav som må brukes kumulativt med et av de andre to vilkårene.

Alle vilkårene i EMK art. 5 nr. 1 bokstav c har uttrykket ”rimelig” knyttet til mistankekravet, ”Rimelig mistanke” og ”Rimelig grunn til å anse”.

Det relevante i forhold til denne oppgaven blir da hvordan dette mistankekravet er i forhold til kravet i strpl. § 172, ”særlige forhold”. Rent språkmessig er det naturlig å forstå ”rimelig mistanke” på omtrent samme måte som man forstår ”skjellig grunn til mistanke”, som i strpl. § 171. Det må altså foreligge sannsynlighetsovervekt.. Teori³⁵ knytter også EMK art. 5 nr. 1 bokstav c opp imot § 171. Dette mistankekravet er betydelig lavere enn ”særlige forhold” som er mistankekravet i § 172. Det synes da som minstekravet i EMK art. 5 nr.1 bokstav c er oppfylt i forhold til strpl. § 172. Men følgen av EMKs uttrykk ”lovlig” i bestemmelsen er at fengslingen må oppfylle nasjonale vilkår for ikke å være konvensjonsstridig, selv om de nasjonale vilkårene er strengere enn de som følger av EMK. Det må da fortas en vurdering i den enkelte sak for å finne ut om fengslingen er rettmessig i forhold til EMK:

EMK art. 5 nr. 3 regulerer fengslingsfristen for påtalemyndigheten til å fremstille den som er pågrepet for en dommer, bestemmelsen er virkningsmessig tilsvarende strpl. § 183. Men den er ikke like konkret i sin formulering som § 183.

Bestemmelsen er knyttet til EMK art. 5 nr. 1 bokstav c ved at vilkårene i denne må være oppfylt for at vilkårene i nr. 3 kan anses som oppfylt.

Artikkel 5 nr. 3 pålegger de stater som har ratifisert konvensjonen å fremstille den som er pågrepet i henhold til bestemmelsens nr. 1 bokstav c for en dommer ”straks” som lovteksten sier, eller umiddelbart som dette vil medføre i daglig tale.

³⁵ Erik Møse. Msk.rettigheter, 250

Etter normal ordlyd skulle man tro at ”straks” betydde uten unødvendig tidsforspillelse. Men det er alminnelig kjent at tingretten ikke driver sin virksomhet utenfor normal kontortid. Blir man pågrepet en ettermiddag kan man altså ikke forvente å bli framstilt for en dommer før den påfølgende dag. Blir man pågrepet en fredags ettermiddag skjer fremstillingen på mandag. Dette er nokså langt fra den vanlige forståelsen av ”straks”, men det er administrative hensyn som ligger bak. Det ville vært å kreve vel mye av myndighetene at de skulle vært bemannet slik at en fengslingssak kunne behandles i samme øyeblikk den forelå.

Det har vært omfattende diskusjoner og mange saker hvor temaet har vært hva som er grensen for ”straks” i lovens forstand. Ved ett tilfelle gikk det seks dager fra pågrepelse til fremstilling for retten. Høyesterett har uttalt at så lang tid neppe er i samsvar med straffeprosessloven og EMK ³⁶.

Dette må ses i sammenheng med de forhold som foreligger og gjerningens grovhet. En alvorligere forbrytelse vil rettferdiggjøre oppholdet i større grad enn en mindre alvorlig forbrytelse³⁷.

I den overnevnte sak ble fengslingsbegjæringen tatt til følge da vilkårene for fengsling var oppfylt³⁸.

Man må også vurdere om det kan brukes fengslingssurrogater som representer et mindre inngrep for den siktede, men som i god nok grad sikrer samfunnets interesser.

4.8 EMK art. 6

Denne artikkelen gir enhver som er siktet for en forbrytelse rett til en rettferdig rettergang. Det sentrale uttrykket i denne bestemmelsen for denne oppgaven er uttrykket ”upartisk” som henspiller til habilitetsspørsmålene som er drøftet lenger ned³⁹ i denne oppgaven. Det har vært reist spørsmål for EMD om en dommer som har avsagt en fengslingskjennelse har den nødvendige upartiskhet til senere å pådømme saken.⁴⁰

³⁶ Rt 1991 s. 777

³⁷ Erik Møse, Msk. rettigheter, s. 265

³⁸ Se note 33.

³⁹ Mer om inhabilitet i pkt. 5.1.

⁴⁰ LoR 1992 s. 375. Johs. Andenæs. Emk og norsk straffeprosess.

Fengsling og gjentatt opprettholdelse av fengslinger av en mistenkt etter strpl. § 172 er forhåndsbefatning med en sak som kan føre til at vedkommende dommer blir å anse som upartisk på en måte som er konvensjonsstridig i forhold til EMK art. 6.

Det er heller ikke et vilkår at retten beviselig har vært inhabil for at den skal bli regnet som partisk, det er tilstrekkelig at det er rimelig grunn til å frykte inhabilitet eller at det kan se ut som det foreligger inhabilitet for utenforstående.

Men det er ikke mulig å ta hensyn til enhver tenkelig konstellasjon som gjør at det for noen kan framstå som at inhabilitet kan foreligge. Forhold som at siktedes sønn spiller fotball på et lag som pleier å slå laget dommerens sønn spiller, vil ikke føre til inhabilitet.

Men det kan være vanskelig å si eksakt hvor grensen går. Konvensjonen ramser opp minimumsrettigheter, og vi bør legge opp vår straffeprosess slik at inhabilitetsproblemer ikke forekommer selv om det "bare" er snakk om forhåndsbefatning i form av en varetektsfengsling. Det er ingen grunn til å balansere på grensen til det konvensjonsstridige. Å gi den siktede en sterkere rettsstilling enn det vi strengt tatt er forpliktet til er ikke nødvendigvis noe man skal unngå⁴¹. Men at dette kan være vanskelig å gjennomføre i det virkelige liv er klart, det må selvfølgelig tas prosessøkonomiske og praktiske hensyn. Og jeg ønsker ikke å påstå at man bør ta større hensyn enn nødvendig, bare at i de tilfeller det lar seg gjøre uten ulempe på noen måte, er det kun et pluss å kunne krystallklart framstå som habil og upartisk.

Spørsmålet om hvor grensen for inhabilitet går kan være vanskelig å sette klart opp. Men det er klart at jo større grad av forhåndsbefatning man har hatt, jo nærmere habilitetsproblemer kommer man. EMD har sagt at å delta i varetektsfengsling av siktede ni ganger gjør dommeren inhabil.⁴² Norsk rettspraksis sier at hvis en dommer har foretatt fengsling etter strpl. § 172 kan han ikke være dommer under behandlingen av straffesaken i samme forbrytelse. Dette kommer av det sterke mistankekravet man har i § 172. Da spiller det ingen rolle om varetektsfengslingen har skjedd en gang eller flere ganger.⁴³

⁴¹ LoR 1989 s. 413. Jørgen Aall, Er varetektsdommeren partisk i hovedforhandlingen?

⁴² Hauschildt vs. Danmark. EMD=REF00000085

⁴³ Rt 1996 s. 261

Ut i fra formuleringene som Høyesterett bruker i denne avgjørelsen, kan man trekke den slutning at det ikke er like klart at de ville ha kommet til samme resultat hvis dommeren hadde foretatt en vurdering av mistanken på bakgrunn av mistankekravet i strpl. § 171. Dommeren vil da i mindre grad ha tatt stilling til siktedes skyld enn det han må etter § 172.

I Orderud-saken⁴⁴ mente forsvareren til en av de siktede at EMK art. 6 kunne bli krenket hvis ikke helhetsvurderingen av om fengslingen var forholdsmessig inneholdt en vurdering av blant annet den negative mediedekningen hans klient fikk. Dekningen av saken var av en slik karakter at den medførte en så stor byrde for hans klient at det var av betydning i vurderingen om fengslingen ville oppfylle kravet til forholdsmessighet i strpl. § 172 som følger av § 170a. Forsvareren anførte videre at fengsling av hans klient ville vanskeliggjøre klientens mulighet til å forberede et adekvat forsvar til ankebehandlingen av saken. Dette og medieomtalen ville utgjøre en krenkelse av kravet til "Fair trial". Høyesterett uttalte følgende som svar til anførselene: "Fengslingen kan ikke sees å gjøre noe inngrep i de tiltaltes adgang til å fremføre sitt forsvar i ankesaken... Siktede fikk ikke medhold i sine kjæremål. Saken var en av de største kriminalmysterier i Norge, og omtalen av denne saken i media var formidabel.

4.9 Helhetsvurdering

Når det skal vurderes om varetektsfengsel etter strpl. § 172 kan brukes er det ikke tilstrekkelig å kun se på grunnvilkårene, det vil si de konkrete vilkår i ledd a og b, men retten må også foreta en helhetsvurdering av flere av sakens sider. EMKs skranker er en ting, strpl. § 170a er en annen faktor som må tas med i betraktningen om de samlede vilkår er oppfylt. Samfunnets behov for beskyttelse må tas med, det samme gjelder hensynet til rettshåndhevelsen som ligger bakenfor strpl. § 172. Dette hensynet tilsier at den som er mistenkt for en alvorlig forbrytelse som oppfyller visse krav, og mistenkte kan sies å ha en tilstrekkelig kvalifisert mistanke ved seg, kan varetektsfengsles.

⁴⁴ Rt 2001 s. 940

Dette hensynet begrenses av forholdsmessighetsvurderingen retten blir pålagt å ta gjennom bestemmelsen i strpl. § 170a, som krever at retten skal ta stilling til om fengsling av siktede vil være nødvendig og forholdsmessig. I denne vurderingen må retten trekke inn overstående hensyn og den må vurdere i hvilken grad fengsling vil være et inngrep overfor den siktede i den foreliggende sak. Det er klart at en varetektsfengsling vil i alle tilfelle være et alvorlig inngrep ovenfor en person, men det må veies opp imot sannsynlighetsgraden det er for at vedkommende er skyldig i det han er siktet for og hvor lang straff han risikerer å få. Man kan ta med om det er spesielle forhold som spiller inn i tilknytning til den aktuelle personen som det gjelder i den foreliggende sak, som vil gjøre varetektsfengslingen mer inngripende ovenfor ham enn det ville vært for enn annen person.⁴⁵

4.10 Oversoning – varetektsfradrag

Ved benyttelse av varetekt vil den siktede, hvis han blir dømt, kunne trekke fra den tid han satt i varetekt fra den idømte fengselsstraff, jfr. strl. § 60. Strpl. § 460 gir tilsvarende hjemmel for varetekt utholdt etter at saken er pådømt i retten.

I ytterste konsekvens betyr det at siktede ikke trenger å sone fengselsstraff i det hele tatt, han kan i verste fall til og med ha vært underlagt frihetsberøvelse i lenger tid enn han ble dømt til under hovedforhandlingen av saken. Dette kalles oversoning. En slik forlengelse av frihetsberøvelsen vil selvfølgelig ikke være av det gode for den det rammer. Men allikevel er ikke fare for slik oversoning et moment som veier så tungt i en forholdsmessighetsvurdering at det automatisk fører til at varetekt ikke kan forlenges i tilfeller der man nærmer seg oversoningen⁴⁶.

Et annet spørsmål retten må ta stilling til, i forhold til faren for oversoning, er det faktum at den innsatte vanligvis slipper ut etter å ha sonet 2/3 deler av den idømte fengselsstraffen. Denne regelen følger av straffegjennomføringsloven § 42.

Dette gjør at man raskere kommer frem til det tidspunkt der oversoning inntreffer. Spørsmålet om slik prøveløslatelse har noen vekt i forholdsmessighetsvurderingen er også av betydning. Man kan også tenke seg at andre forhold taler imot at fare for

⁴⁵ Rt 2003 s. 974

⁴⁶ Rt 2001 s. 1319

oversoning blir tillagt avgjørende vekt, dette vil da i så fall være forhold som taler for at en løslatelse av siktede fører til at endelig avgjørelse av saken i ankeinstansen blir vanskelig eller umuliggjort av forhold hos den siktede. Høyesterett har uttalt at rettshåndhevelsessensyn har større vekt enn faren for oversoning i en sak der en utenlandsk mann var dømt i førsteinstans for sedelighetsforbrytelser mot to mindreårige jenter. Faren for at vedkommende skulle unndra seg forfølgning i lagmannsretten ved å rømme til utlandet der han hadde sin familie, ble tillagt vekt i forholdsmessighetsvurderingen om man skulle risikere at han ble sittende varetektsfengslet lenger enn det han var i dømt til i tingretten, etter at man hadde trukket fra den vanlige prøveløslatelsestiden. Fradraget for prøveløslatelse skulle heller ikke tillegges særlig vekt i en slik vurdering.

5 Virkning

5.1 Inhabilitet

Inhabilitet kan komme av at en myndighetsutøver, i dette tilfellet en dommer, har hatt befatning med, eller er forutinntatt av andre grunner, i forhold til den foreliggende sak. Spørsmålet vil være i hvilken grad det må foreligge forhåndsbefatning eller forutinntatthet for at det skal få den følge at det foreligger inhabilitet på en slik måte at den er rettsstridig. Domstolsloven § 106 nr.8 og EMK art. 6 regulerer inhabilitetsspørsmålene. Men disse kildene trekker ikke opp en klar grense for hva som er inhabilitet og hva som ikke er det. Da er det nyttig å se hen til rettspraksis som i større grad definerer en klar grense for inhabilitet. Varetektsfengsling etter strpl. § 172 er forhåndsbefatning med en sak, men ikke dermed automatisk innhabiliterende.

Er virkningen av forhåndsbefatning alltid at vedkommende dommer må regnes som inhabil? Nei, inhabilitetsvirkningen er verken automatisk eller absolutt. Ved anke over saksbehandlingen kom man i Rt 2003 s 531 til at meddommeren i lagmannsretten ikke var inhabil selv om hun hadde deltatt ved avgjørelsen av fengslingskjæremål i den samme saken for lagmannsretten tidligere. Hun hadde da kommet til at mistankekravet i strpl. § 172 var oppfylt, og fengslet så den mistenkte.

Senere satt den samme dommeren som meddommer under hovedforhandling av straffesaken i lagmannsretten.

Det var i hovedsak to forhold som bidrog til at Høyesterett kom til at den aktuelle dommeren ikke var inhabil.

Det ene var at den aktuelle dommeren var ”kun” fagdommer og ikke rettens administrator ved ankebehandlingen av straffesaken i lagmannsretten.

Dette hadde den betydning at det ikke var den mulig inhabile dommeren som foretok rettsbelæringen av juryen.

Det andre forhold var at lagmannsretten i den aktuelle saken var satt med lagrette, og det er lagretten som tar stilling til og avgjør skyldspørsmålet i saken.

Fagdommeren hadde altså ikke deltatt direkte i skyldkonstateringen. En eventuell forhåndsbehandling med saken vil da spille liten rolle, siden fagdommeren ikke har særlig mulighet for å påvirke juryens svar på skyldspørsmålet.⁴⁷

Følgene av at dommeren hadde vært inhabil ville i så fall vært at retten ikke hadde vært lovlig satt, og dermed at lagmannsrettens dom måtte oppheves. Dette følger av strpl. § 343 2. ledd.

Høyesterettspraksis har slått fast at de tilfeller hvor dommeren har kommet til at tvangstiltak ikke skal gjennomføres, kan det også inntre habilitetsproblemer. Dommeren har f.eks. konstatert at det foreligger kvalifisert mistanke mot siktede, men besluttet løslatelse fordi fengsling ville vært et uforholdsmessig inngrep.⁴⁸ Hovedsaken er at dommeren har tatt stilling til saken på forhånd og at det da kan stilles spørsmålstegn ved hans upartiskhet.

En annen ting som spiller inn i habilitetsvurderingen er hva slags hjemmel den aktuelle dommeren har tatt stilling til. For eksempel er det et høyere mistankekrav i strpl. § 172 enn det er i § 171. En avgjørelse etter førstnevnte bestemmelse vil da ha større innhabiliterende effekt enn en avgjørelse etter den siste. Det er ikke dermed sagt at fengsling etter § 172 har en absolutt innhabiliterende virkning i forhold til de dommere som avsier fengslingskjennelser etter bestemmelsen.

5.2 Adgangen til å utvide saken i ankeinstansen

Et meget interessant spørsmål i forbindelse med kjæremål over fengslingskjennelser er hvilket grunnlag ankeinstansen kan bruke ved avgjørelsen av fengslingsspørsmålet. Da er det særlig spørsmålet om Lagmannsretten kan fengsle på grunnlag av straffbare forhold som ikke var med i siktelsen på det tidspunkt forhørsretten behandlet fengslingssaken. I eldre rettspraksis ble det akseptert en slik utvidelse av saken. Men

⁴⁷ Hr 2003 00531a

⁴⁸ LoR 2000 s. 209. Arnfinn Bårdsen, Inhabilitet i straffesaker grunnet tidligere mistankekonstatering.

Høyesterett har nå slått fast at ankeinstansen er bundet av det grunnlag som blir brukt i den lavere rett⁴⁹. Høyesterett uttalte at ankeinstansen ble begrenset av strpl.

§ 388 første ledd. Kjennelsen er riktignok avsagt under dissens, 2-1. Den praktiske betydningen av den holdningen mindretallet, og eldre praksis inntok, ville vært at påtalemyndigheten ville kunne gå til retten med en gang de mente at de hadde en sterk nok sak til å få den mistenkte fengslet, og hvis de ikke fikk medhold påkjærte de kjennelsen mens de jobbet videre for å styrke sin sak. Flertallet og den endelige kjennelsens holdning er at påtalemyndigheten må gå til forhørsretten igjen når de mener de har ny informasjon som vil virke som tilstrekkelig bevis for å kunne fengsle på bakgrunn av det fremlagte.

5.3 Nytt fengslingsgrunnlag i ankeinstans

Et spørsmål som naturlig reiser seg er om lagmannsretten kan fengsle etter § 172 når forhørsretten kun har vurdert § 171. Det sentrale her er at for å fengsle etter § 171 trenger retten en mye lavere sannsynlighetsovervekt enn etter § 172. Man kan da stille seg spørsmål om lagmannsretten har de opplysninger den trenger for å avsi en kjennelse etter det skjerpede kravet i § 172. Hvis retten har fått nye opplysninger før behandling i lagmannsretten vil dette være i strid med det kontradiktoriske prinsipp. Dette forutsetter i så fall at partene ikke får anledning til å uttale seg om de nye opplysningene i saken som lagmannsretten bygger sin avgjørelse på.

Et slikt forhold ville være en innsnevrelse av den siktedes rett til å ha et fullverdig forsvar.

I Rt 2002 s. 256 var tilfellet det at siktede ble løslatt mot meldeplikt for politiet, i tiden mellom domsavsigelse i tingretten og ankebehandling i lagmannsretten.

Påtalemyndigheten påkjærte beslutningen og påstod fengsling etter strpl. § 171 første ledd nr 1. Forsvareren inngav tilsvaret til kjeremålet. Lagmannsretten besluttet varetektsfengsling med hjemmel i strpl. § 172. Siktede påkjærte kjennelsen videre til Høyesteretts kjeremålsutvalg og anførte at lagmannsretten ikke kunne fengsle etter et annet grunnlag enn det påtalemyndigheten hadde påberopt seg, og særlig ikke når partene i saken ikke var gitt anledning til å uttale seg om denne endringen forut for lagmannsrettens behandling. Høyesteretts kjeremålsutvalg gav ham medhold i at

⁴⁹ Rt 2002 s. 1132 med henvisninger

lagmannsretten ikke kunne fengsle på annet grunnlag enn det forhørsretten legger til grunn. Kjæremålsutvalget mente også at lagmannsrettens kjennelse innholdt andre feil og fant da at den måtte oppheves.

Høyesterett har med sin avgjørelse dermed styrket det kontradiktoriske prinsipp på bekostning av de prosessøkonomiske fordelene det kunne ligge i en fri vurdering av det påkjærte forhold og hvilken hjemmel det best kan subsumeres under.

6 Rettspolitiske betraktninger

Avslutningsvis i denne spesialoppgaven ønsker jeg komme med noen rettspolitiske betraktninger om instituttet rettshåndhevelsesarrest.

Bruken av varetektsfengsel har i lengre tid vært kritisert, både fordi varetekt blir brukt for ofte og over for lang tid av gangen. De fengslede blir sittende i varetekt over lengre tid av gangen. Denne situasjonen er sterkt psykisk belastende for den fengslede, både fordi man som varetektsfange er isolert fra sin normale tilværelse og fordi varetektssituasjonen er preget av uvisshet og manglende stabilitet. Det er vanskelig å danne seg et bilde av hvordan tiden fremover vil utarte seg fordi man ikke vet hvor lenge man blir sittende og det vil være vanskelig å skape en stabil tilværelse for den fengslede. Som andre innsatte er man begrenset, og i noen tilfeller totalt nektet, samvær med sine nærmeste.

Selv om man i rettspleien ikke lenger opererer med hevn eller gjengjeldelse som noe motiv for å straffe, kan man spørre seg om ikke rettshåndhevelsesarrest som reaksjon grenser mot et hevnmotiv, og at de begrunnelser man legger frem i en fengslingskjennelse kun er for å rettferdiggjøre en handling som går på tvers av de prinsipper man ønsker å fremme i strafferetten for øvrig.

Anders Bratholm hevder i sin bok "Pågrepelse og fengsling" fra 1957 at rettshåndhevelsesarrest har et blandet formål, det skulle virke både individual og allmenn preventivt, ha visse elementer av gjengjeldelse og det var også andre hensyn som kunne spille inn.

Bratholm trekker frem en rekke synspunkter som synes å tale imot innførselen av § 172, blant annet at gjengjeldelse ikke lenger blir brukt som grunn for å straffe og at det da er merkelig å bruke dette som grunn for å varetektsfengsle.

Han stiller også spørsmålsteget ved det å legge preventive grunner inn i fengslingshjemlene, da dette blir nærmest tilsvarende som å straffe noen på et mistankegrunnlag. Dette blir problematisk i forhold til uskyldspresumsjonen.

Men sett fra samfunnet og den fornærmedes side er det ikke vanskelig å se behovet for å kunne reagere raskt og effektivt i de saker der ugjerningen er av så alvorlig karakter, og gjerningspersonens identitet med stor sikkerhet er kjent. Da er det gunstig at man har en egnet hjemmel til å varetekstfengsle de som utøver grovere typer av kriminalitet.

Erfaringsmessig ser man at av den totale mengden varetekstfengslinger, uansett hjemmel, så er det en stor del vinningskriminalitet som fører til varetekstfengsling.

Samfunnets behov for beskyttelse vil være av en helt annen karakter ved denne formen for kriminalitet enn ved for eksempel grove voldsforbrytelser. Manglende fengsling ved alvorlige forbrytelser kan skape en generell uttrygghet i befolkningen. Det kan også stilles spørsmål ved om allmennhetens frykt skulle være grunnlag for å innføre en slik bestemmelse som § 172. Hvis det er en begrunnet frykt for at den som er siktet i saken skulle gjøre en tilsvarende grufull forbrytelse som han allerede er siktet for igjen, ville vilkårene for fengsling etter strpl. § 171 nr. 3 allerede være oppfylt. Det ville da foreligge en ” gjentakelsesfare”.

Da bestemmelsen ble innført var det i første rekke for å få et brukbart hjelpemiddel i forhold til voldsforbrytelser, men man har sett at i større og større grad blir bestemmelsen brukt i forhold til narkotikaforbrytelser. Det har vært stilt spørsmålstegn ved denne utviklingen og om kanskje narkotikaforbrytelser burde vært holdt utenfor strpl. § 172. Man kan jo undres om det er narkotikaforbrytelser som virker mest støtende på allmennheten eller om det for domstolene fremstår som om § 172 er det eneste brukbare virkemiddel de har ved spørsmål om varetekstfengsling av narkotikaforbrytere. Det forutsettes da at de spesielle fengslingsvilkår i strpl. § 171 ikke er oppfylt.

Eller kan det tenkes at det finnes dommere som i fengslingssaker ønsker å bruke § 172 fordi den i større grad sender ut et signal om at forbrytelsen er av alvorlige karakter, når man ser på det skjærpede mistankekravet i strpl. § 172?

Dette vil i så fall kunne sette denne dommerens upartiskhet i fare hvis denne holdningen kom til syne i den fengslingskjennelsen som han utformet i forbindelse med fengslingen.

Også fra et individualpreventivt synspunkt er det klart at jo raskere en reaksjon kommer jo større effekt har den. Selv om man skal være forsiktig med uttrykk som forskuttert straff, vil det i enkelte tilfeller være slik at å få underlagt den mistenkte frihetsberøvelse

ikke nødvendigvis er noen ulempe, for noen av partene. Også for den som blir fengslet vil det å komme i gang med frihetsberøvelsen kunne være gunstig. Den tid han tilbringer i varetekt blir trekt fra den totale soningstiden, jfr. straffeloven § 60. Da er kanskje ikke ulempen ved å sitte inne like stor, hvis det fører til at når saken er avgjort ved rettskraftig dom så er man kanskje i all hovedsak ferdig med den idømte soningstid. Særlig hvis det allerede på fengslingstidspunktet forelå en svært sterk mistanke og det var klart at faren for oversoning var liten.

Lovgiver har ønsket at bestemmelsen skal ha en allmennpreventiv funksjon.⁵⁰ Tanken er at den potensielle lovbryter skal skremmes av myndighetens ”hardhendte” behandling av dem som utfører alvorlig kriminalitet. Med ”hardhendt” behandling sikter jeg til lovgivers vilje, uttrykt gjennom innføringen av strpl. § 172, til å nærme seg grensen for de gjeldende juridiske prinsipper som ligger til grunn for den rettspleie man har i Norge i dag.

Habilitetsproblematikken er også noe som er verdt å nevne i denne sammenheng. Dommernes upartiskhet er et viktig prinsipp i all straffeprosess, både i norsk rett og i EMK. Det har i teorien vært diskutert hvordan man skal unngå å havne i slike habilitetskonflikter. Grensen for habilitet er flytende og kan være vanskelig å fastsette. Særlig når det i forhold til klarhetshensynet ikke skal finnes mulighet for at domstolen kan fremstå som inhabil heller. Arnfinn Bårdsen foreslår i sin artikkel i Lov og Rett fra 2000 at det oppnevnes egne etterforskningsdommere, som kun har ansvar for tvangsmidler under etterforskningen. De ville da kun ha befatning med varetektsfengsel, pågripelse, avlytting, sporing og andre etterforskningsgrep politiet trenger rettens godkjenning for å kunne iverksette. På den måten vil de dommere som dømmer under hovedforhandlingen aldri ha hatt befatning med saken før. Det vil da være svært lite sannsynlig at retten kan fremstå som inhabil. Dette er et forslag som neppe lar seg løse ute i de mindre av landets rettskretser, der det er få, kanskje bare en, dommer og noen dommerfullmektiger. Og det kan også kanskje være en fare for at disse dommerne vil få for tett bånd til politiet. Det vil være svært viktig at disse fortsatt sorterer under domstolsadministrasjonen, og at de styres på samme måte som de ordinære domstolene.

⁵⁰ Anders Bratholm. Pågripelse og varetektsfengsel, s. 320.

Man kunne løst problemet med å ha en sentral tvangsmiddeldomstol med middelbar bevisførsel, lignende Trygderetten, men dette ville ikke ha vært særlig brukbart i forhold til tvangsmiddelet varetektsfengsel. Den siktede forklarer seg gjerne for dommeren ved sin lokale domstol i forbindelse med fengslingen. Og forhandlingen blir ført med likheter fra hovedforhandlingen. Partene har prosedyrer og det er utspørring, i hvert fall av siktede. Denne formen for saksbehandling ville være vanskelig å bruke ved en sentral domstol, mange av sakene ville mangle den geografiske nærheten til domstolen som er nødvendig for å få en umiddelbar og forsvarlig saksbehandling.

Bruk av de andre typer tvangsmidler, som for eksempel ransaking, blir gjerne fattet uten at den de skal brukes mot kjenner til det. Det blir da oppnevnt en forsvarer som skal verne om den mistenktes rettigheter. Det ville vært upraktisk om den siktede alltid skulle vite at retten behandlet et spørsmål som vedrørte ham. Da ville det være meget sannsynlig at politiet ikke fant det de lette etter under ransakelsen av for eksempel mistenktes bolig, fordi han hadde fjernet gjenstanden.

Uansett er det min oppfatning at tingrettene rundt omkring opptrer meget hensiktsmessig i sine disposisjoner omkring habilitetsproblematikken, og at de holder seg innenfor grensen av de krav som er nedsatt i norsk rett og EMK. Om de skulle komme i en inhabilitetssituasjon er dette antageligvis fordi situasjonen er oppstått på en slik måte at de ikke kunne løse den på andre måter og at de ut i fra prosesshensyn valgte den beste løsningen for alle parter.

Varetektsfengsling er utvilsomt et onde, men under de rette forutsetninger er det et onde samfunnet med rette kan påføre et individ. Etter min mening er det klart at i de tilfeller der noen er mistenkt for en svært alvorlig forbrytelse, er det rimelig at vedkommende blir underlagt frihetsberøvelse når det foreligger høy grad av sannsynlighet for at vedkommende er skyldig og vil bli idømt en lang fengselsstraff. Men det synes også riktig at man ikke ønsker at vilkårene for varetektsfengsling skal være altfor lave. Det er som nevnt et alvorlig inngrep og både strafferisikoen og mistanken bør være betydelig.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

Johs. Andenæs. *Straffeprosess 1 og 2*. Universitetsforlaget 3.utgave 2000.

Isbn: 82-00-45414-2.

Hans Kristian Bjerke. *Fengsling*. Universitetsforlaget 1981. Isbn: 82-00-05582-5

Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud: *Straffeprosessloven, kommentarutgave bind 1*.

Universitetsforlaget 3. utgave 2001. Isbn: 82-15-00046 -0.

Anders Bratholm. *Pågrepelse og varetektsfengsel*. Universitetsforlaget 1957. Boken har ikke Isbn-nummer.

Jo Hov. *Rettergang 2 "straffeprosess"*. Papinian as 1999. Isbn: 82-91060-09-6.

Erik Møse. *Menneskerettigheter*. Cappelen akademisk forlag 2002.

Isbn: 82-02-19801-1.

Nicolai V. Skjerdal. Kvalitative hjemmelskrav; Legalitetsprinsippet i Norsk rett og lovskravet i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon med enkelte komparative linjer. Tano Aschehoug, 1998. Isbn: 82-518-3766-9

Svein Slettan og Toril Marie Øye. *Forbrytelse og straff; Lærebok i strafferett*. Tano 1997. Isbn: 82-518-3515-1.

Juss-buss. *Fangsehåndboka 2003, 4. utgave*. Juss-buss. Isbn: 82-991567-6-9

7.2 Forarbeider

Innstilling fra Straffeprosesslovkomiteen om endring i reglene om pågripelse og fengsling m.v. av 5. juni 1961.

Innstilling fra Straffeprosesslovkomiteen om rettergangsmåten i straffesaker av juni 1969

Ot.prp.nr.35 (1978-1979). Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)

Innst.O.nr.37 (1980-1981) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Ot.prp.nr. 81 1999-2000. Om lov om endring i straffeloven og straffeprosessloven. (Bruken av varetektsfengsel) Kap. 3.2.1.

Innst.O.nr.45 (2000 – 2001) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffelov og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling m.v.)

7.3 Rettspraksis

Rt 1983 s. 1566

Rt 1989 s. 70

Rt 1989 s. 186

Rt 1991 s. 777

Rt 1993 s. 900

Rt 1993 s. 1302

Rt 1995 s. 1073

Rt 1995 s. 1232

Rt 1996 s. 261

Rt 1996 s. 439

Rt 1996 s. 1032

Rt 1998 s. 1238

Rt 1998 s. 1244

Rt 1999 s. 116

Rt 1999 s. 862

Rt 2000 s. 371

Rt 2000 s. 1905

Rt 2001 s. 940

Rt 2001 s. 1319

Rt 2002 s. 143

Rt 2002 s. 256

Rt 2002 s. 949

Rt 2002 s. 1132

Rt 2002 s. 1748

Rt 2003 s. 531

Hr 2003 00531a

Hauschildt vs. Danmark. EMD=REF00000085

7.4 Artikler

Lov og Rett 1989 s. 413. Jørgen Aall; Er varetektsdommeren upartisk i hovedforhandlingen?

Lov og Rett 1992 s. 375. Johs. Andenæs; Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og norsk straffeprosess.

Lov og Rett 2000 s. 209. Arnfinn Bårdsen, Inhabilitet i straffesaker grunnet tidligere mistankekonstatering.